

0-11-1-11-11

LA LUCHA CONTRA LOS PRIVILEGIOS DE LA ADMINISTRACIÓN

DANIEL MAURICIO PATIÑO MARIACA

Abogado de la U.P.B.



Motivados por Eduardo J. Couture (1), quien anotaba que la doctrina procesal moderna tenía aún una etapa muy significativa que cumplir, ya que debía hacer un examen de los institutos propios de esta rama del derecho desde el punto de vista constitucional, decidimos hacer, con base en aquellas normas constitucionales que consagran el principio de la bilateralidad de la audiencia, un juicio a la política procesal contenida en el Código Contencioso Administrativo, entendida ésta, como el conjunto de valores y fines perseguidos y protegidos en este proceso.

De acuerdo con Clemente A. Díaz, el principio de la bilateralidad de la audiencia expresa que, salvo limitadas excepciones, el juez no puede decidir sobre una pretensión si la persona contra quien ha sido propuesta no ha tenido la oportunidad de ser oída. Así mismo, sostiene que son corolarios de este principio los postulados de la igualdad procesal, paridad para demandar y libre acceso de los justiciables al órgano jurisdiccional. Tal principio se encuentra consagrado en la Constitución en el artículo 29; mientras que los postulados que surgen a partir del mismo como el de la igualdad procesal y el de la paridad para demandar en el artículo 13; y el del libre acceso de los justiciables al órgano jurisdiccional en el artículo 229 *ibídem*.

A primera vista el proceso contencioso respeta en un sentido lato dicho principio, en tanto consagra idénticas oportunidades para

1) COUTURE, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo I, La Constitución y el Proceso Civil, Tercera Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989.

que las partes presenten sus defensas y ataques; sin embargo, al ahondar en el estudio del mismo, nos encontramos con instituciones -que preferimos llamarlas privilegios- como el agotamiento previo de la vía gubernativa, el pago de lo previo y los términos fugaces de caducidad, que nos dejan el sabor amargo de que la política procesal establecida en el Código Contencioso tiende fundamentalmente a la protección de los intereses de la administración. Pero, además de mostrar en qué medida dicha política se ajusta a la preceptiva constitucional, propondremos un sistema de interpretación que se constituya en una pauta para constitucionalizar los textos legales.

Como el trabajo consiste en hacerles un juicio a dichas instituciones confrontándolas con el principio de la bilateralidad, no podemos olvidar que para realizar este estudio debemos tener en cuenta la orientación política y filosófica que en el momento se encuentre vigente, por cuanto existe una estrecha relación entre ésta y la política procesal consagrada en las normas procesales.

Consideramos que para desarrollar este cuestionamiento debemos acudir a los orígenes del derecho administrativo, ya que allí podemos encontrar la explicación y justificación de los privilegios de la administración. Remontarnos en el pasado del derecho administrativo, puede parecer una tarea tediosa; sin embargo, lo haremos con la finalidad específica de desmitificar el derecho que gobierna la actividad de la administración, para que a partir de allí emprendamos la lucha contra sus privilegios.

1. LA REVOLUCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Thomas Khun, en su libro *Estructura de las Revoluciones Científicas* (2) plantea que todas las ciencias descansan sobre un **para-**

2) KHUN, Thomas. *Estructura de las Revoluciones Científicas*. Edit. Fondo de Cultura Económica.

digma o conjunto de ellos, que juegan el papel de ley fundamental que va siendo continuamente ajustada y precisada por quienes practican una especialidad científica, a través de encarar los problemas y encontrar las soluciones desde la óptica del **paradigma**. Ahora bien, cuando en el transcurso del camino, la ciencia empieza a resolver los mismos interrogantes a partir de bases diferentes, que si logran satisfacer a los miembros de la comunidad científica tienen la capacidad de reemplazar las viejas teorías para convertirse en el **nuevo paradigma**, a este proceso de cambio lo denomina el autor citado como revoluciones científicas. Nos parece, al igual que a García de Enterría (3), que podemos utilizar estos conceptos para explicar la evolución del derecho administrativo.

1.1. El paradigma clásico del Derecho Administrativo

El derecho administrativo nace a instancias de los revolucionarios franceses quienes, temerosos de que su actuar pudiera ser obstaculizado por el órgano judicial, integrado en ese entonces por la nobleza, acudieron a la idea de la separación de poderes para excluir al ejecutivo del control judicial. Una vez logrado este propósito, crearon en el interior del mismo aparato administrativo, órganos cuya misión era conocer y decidir los asuntos contenciosos que se presentaran entre los ciudadanos y la administración, apareciendo así el Consejo de la Prefectura y posteriormente el Consejo de Estado.

El Consejo de Estado Francés, que no era considerado como un verdadero órgano jurisdiccional, sino como una instancia superior dentro de la estructura administrativa, fue forjando ante cada caso concreto las reglas que le podían ser aplicables a la administración, dado que se consideraba que no era procedente acudir a la aplicación analógica del Código Civil, ya que los vacíos se solucionaban construyendo la norma jurídica del caso concreto a partir de los principios generales del derecho administrativo.

3) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Nueva Justicia Administrativa Edit. Civitas

Lo anterior, aunado a la fuerza de las ideas económicas del intervencionismo de Estado, sirvió de fundamento a la naciente doctrina para dar nacimiento al paradigma de la autonomía, (4) que en lo fundamental sostiene que la administración es un sujeto de derecho especial sometido a un régimen jurídico distinto del aplicable a las personas jurídicas privadas, y por ende, con privilegios que significan el triunfo de sus intereses sobre los meramente particulares de los ciudadanos, justificado en el hecho de que ella detenta la titularidad sobre el interés general. Además a su favor se han establecido un conjunto de supuestos previos que debe cumplir el particular que quiera acceder a la administración de justicia (5).

1.2. La revolución científica del Derecho Administrativo (o el nacimiento de un nuevo paradigma)

En los últimos años hemos presenciado cómo factores de orden externo e interno al derecho administrativo han contribuido a la formación de la crisis del paradigma de la autonomía, que afecta por consiguiente a todas las instituciones que se crearon bajo su sombra.

En cuanto a los primeros, es claro que el discurso sustentado en las ideas del neoliberalismo sobre la ineficacia, lentitud e inconveniencia de la administración se ha impuesto en gran parte de la civilización occidental. No es del caso profundizar sobre la conveniencia o necesidad de esta ideología, porque no tiene sentido, si

4) Sobre este tema ver: Prosper Weil, *Derecho Administrativo*, civitas. y Silvia del Sals. *Desarrollo y Crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional*. En: *Nuevas Perspectivas Del Derecho Administrativo. Tres Estudios*. Editorial Civitas, 1992.

5) Estos han sido definidos por la doctrina mayoritaria como presupuestos procesales, entre los cuales encontramos el agotamiento de la vía gubernativa para poder acceder a la justicia, la no caducidad de la acción y el pago previo. Carlos Betancur, siguiendo a Devis, sostiene en su *Derecho Procesal Administrativo* que estos son presupuestos de la acción.

tenemos en cuenta la finalidad del trabajo que nos ocupa; pero sí es importante resaltar que ella ha traído como una de sus consecuencias la transformación de los establecimientos públicos tradicionalmente sujetos al derecho administrativo, en entes de carácter comercial que, por su naturaleza, se encuentran sometidos al derecho privado (6). Sin embargo, es una ilusión creer que el resultado de este "cambio" se ha traducido en una reducción del Estado. Ello no ha ocurrido, pues los establecimientos públicos que se han modificado en empresas industriales del Estado o en sociedades de economía mixta, no han dejado de pertenecer ni por un instante a la estructura de la administración, o sino ¿cómo se entiende el hecho de que el nombramiento de los gerentes o directores de estas entidades todavía dependa de la voluntad presidencial?

Otro factor importante de carácter filosófico que ha contribuyó a la crisis, fue el abandono de las teorías puras de la escuela positivista de la ciencia después de la Segunda Guerra Mundial, que sirvió para redescubrir la importancia que tienen los intereses del individuo frente a los de la colectividad y que se ha traducido doctrinalmente en la conceptualización del Estado Social de Derecho, el cual se constituye en la consideración de que la persona humana es el centro de gravedad del sistema jurídico-político.

De ello se desprende que las Constituciones contemporáneas contemplen a la persona humana en su manifestación individual y colectiva como fuente suprema y última de toda autoridad y titular de derechos inalienables, para cuya protección se crea el Estado y se otorgan competencias a sus agentes. Es por esto que nuestra Corte Constitucional, siguiendo este orden de ideas, ha sostenido que los derechos fundamentales tienen la virtualidad de reconocer al individuo y a los grupos sociales el poder efectivo de establecer, en unos casos, un límite a la acción del Estado y, por tanto, reivindicar con

6) Sobre este aspecto pueden verse los decretos expedidos en diciembre de 1992 por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 20 transitorio de la Constitución.

éxito frente a sus invasiones una esfera libre de interferencias e intromisiones; en otros, de ejercer libremente una actividad, que implica acortar un campo específico y propio para el libre desarrollo de la personalidad en sus proyecciones individuales y sociales. Este sistema de derechos representa los valores básicos que deben ser acatados por la acción estatal porque de lo contrario -esto es, su incumplimiento- acarrea para el Estado la aplicación de sanciones. El Estado Social de derecho puede reclamar obediencia si su actuación es legítima, y para serlo no puede, mediante sus actos o sus abstenciones, violar el sistema de derechos y garantías de las personas.

En nuestro concepto, todos estos cambios que hemos expresado, desde un punto de vista más jurídico que filosófico o político, consisten en lo fundamental en un proceso de búsqueda del equilibrio entre las órbitas de acción de lo público y de lo privado (7).

La crisis interna del paradigma se manifiesta, por una parte, a través de los cuestionamientos hechos por los cultivadores del derecho administrativo a las teorías de la falla en el servicio, el servicio público o a los contratos administrativos; y por la otra, el retorno al análisis de las principales instituciones del derecho administrativo desde la óptica del derecho privado. Todo esto, siguiendo a Khun, significa una "revolución científica", pues marca el inicio del fin de un paradigma y el nacimiento de uno nuevo, que tiene como base el replanteamiento de las relaciones entre la administración y el ciudadano (8).

7) La verificación de esta afirmación resulta sencilla, basta con observar el contenido del artículo 16 de la Constitución y la interpretación que sobre él ha sentado la Corte Constitucional.

8) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, Editorial Civitas, Seg. Edición, pág. 103.

Es así como el interés particular de los ciudadanos que encuentra su sustento en los derechos fundamentales viene, prevaleciendo hoy con mayor claridad de intensidad sobre los intereses de la administración. Para constatar esta afirmación basta solamente observar los fallos de tutela proferidos por los tribunales donde muchas veces, además de reconocer la supremacía del derecho del ciudadano, se le han impartido órdenes a la administración, lo cual significa el resquebrajamiento de aquella frase lapidaria que hizo carrera en la dogmática administrativa según la cual "juzgar a la administración es administrar".

Esta situación, sin lugar a dudas, se ha traducido en un cambio sobre la posición jurídica de la administración, ya que al perder ese poder de imponerse siempre sobre los intereses particulares de los ciudadanos, ha generado que la administración haya dejado de ser ese sujeto todo poderoso para convertirse en una persona jurídica común y corriente, que se diferencia de la que puede constituir un particular en el objeto que persigue.

Sin embargo, ese cambio que viene ocurriendo en la esfera del derecho sustancial ha permanecido alejado del proceso contencioso, en tanto que en éste aún permanecen intactas instituciones, fruto del paradigma de la autonomía, como la vía gubernativa, los breves términos de caducidad y finalmente el pago de lo previo.

2. LOS PRIVILEGIOS DE LA ADMINISTRACIÓN COMO REZAGOS DEL PARADIGMA DE LA AUTONOMÍA Y SU INTERPRETACIÓN A LA LUZ DE LA REVOLUCIÓN CIENTÍFICA

Mientras los particulares deben acudir por lo general a un tercero para que decida sobre su conflicto de intereses (heterocomposición), formulando pretensiones declarativas con miras a obtener la correspondiente sentencia que dé certeza sobre la existencia del derecho, además de ser necesario presentar pretensiones ejecutivas en caso que se quiera obtener la ejecutoriedad, esto es, la efectividad de ese derecho, la situación de la administra-

ción es otra, en tanto ella puede mediante actos administrativos decidir sobre la existencia de derechos y obligaciones sin necesidad de que medie una decisión judicial. Así mismo, gracias a los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, ésta puede proceder a tomar las medidas que considere necesarias para garantizar el cumplimiento de sus decisiones.

Esta posición de privilegio que goza la administración en el procedimiento administrativo frente a los particulares, se ha trasladado al derecho procesal ya que se ha consagrado el agotamiento de la vía gubernativa, el pago de lo previo y la fugacidad de los términos de caducidad que se han justificado con el argumento de que ellas procuran evitar la innecesaria puesta en marcha de la jurisdicción; pero a decir verdad, esconde la verdadera razón, que no es otra que la de garantizar la inmunidad de los entes públicos al control jurisdiccional.

2.1. La vía gubernativa

La vía gubernativa es uno de los privilegios elaborados por el Consejo de Estado francés, que consiste en la carga que pesa sobre el administrado que pretenda discutir ante la jurisdicción la legalidad de un acto expedido por la administración, de poner en conocimiento de ésta a través de los recursos su incorformidad. Vale la pena anotar, que la administración no tiene que cumplir con este requisito cuando acude a la jurisdicción para controvertir un acto que ella misma expide y que unilateralmente no puede revocar porque debe contar con la aquiescencia del administrado, en ejercicio de la acción que los españoles denominan como lesividad.

Se ha dicho que la vía gubernativa reporta beneficios para la administración ya que puede enmendar los errores, y para el administrado por cuanto puede evitarle la pérdida de tiempo y dinero al poner en marcha la jurisdicción. (9) Se alega, en defensa de la subsis-

9) MARTÍNEZ PELÁEZ, María Adelaida y Otros. Derecho Procesal Administrativo, Tesis de Grado. U.P.B.

tencia de esta institución por un lado, que resulta congruente que sea quien elaboró el acto quien decida en primer término si éste respeta las normas superiores en que debió fundarse; y por el otro, que estos sirven para otorgarle el carácter de definitivos a los actos administrativos, o como han dicho algunos "cosa juzgada administrativa" (10), tan necesaria para el valor de la seguridad jurídica.

Antes de entrar en el análisis crítico de dicho instituto, conviene recordar la regulación que sobre el mismo establece el Código Contencioso Administrativo. Esta preceptiva consagra que la vía gubernativa se agota mediante la interposición de los recursos que le son propios, con miras a que la administración revise la decisión tomada para aclararla, modificarla o revocarla.

Así mismo, expresa que los recursos que proceden en la vía gubernativa son el de la reposición y el de apelación, siendo la regla general que frente a los actos administrativos se puedan interponer los dos recursos. Sin embargo, la misma ley señala que los actos proferidos por los Ministros, Superintendentes, Jefes de Unidades Administrativas Especiales y representantes legales de entidades descentralizadas no tiene recurso de apelación y por tanto sólo procede el recurso de reposición, esto en razón de que carecen de superior jerárquico en lo que toca con la posibilidad de tomar decisiones.

Ahora bien, el recurso de reposición es facultativo y debe interponerse ante el mismo funcionario que tomó la decisión para que aclare, modifique o revoque. En tanto que el recurso de apelación se surte ante el superior jerárquico buscando la misma finalidad pero su carácter es obligatorio.

Cuando se dice que el recurso de apelación es obligatorio se está manifestando que si el interesado no lo interpone, siendo procedente,

10) Entre los autores que participan de esta terminología están Carlos Cortez Figueroa, *La Definitividad de las Resoluciones Administrativas* en la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación. Número extraordinario, 1966; y Francisco Linares Quintana, *La Cosa Juzgada Administrativa*.

pierde el derecho de acción ante el juez administrativo, quedando la decisión de la administración inmodificable. Situación distinta ocurre cuando sólo procede el recurso de reposición, pues el interesado puede elegir entre interponer el recurso o acudir directamente ante la jurisdicción para que ésta efectúe el control pertinente. De lo precedente se puede colegir que el sistema que adopta el Código es mixto por cuanto consagra el recurso de reposición como facultativo y el de apelación obligatorio, diferente al sistema francés donde siempre es facultativo, o al español que siempre es obligatorio.

El Código Contencioso Administrativo en el artículo 56 establece que la interposición de los recursos en la vía gubernativa implican que la decisión inicial queda suspendida en sus efectos por motivo de que ellos entran a formar parte del proceso de elaboración de la decisión definitiva de la administración. A este respecto es oportuno agregar, que una vez la administración haya resuelto parcial o totalmente desfavorable para los intereses del administrado, la eficacia del acto no se interrumpe con la presentación de la demanda en el contencioso administrativo, salvo en el caso que se decrete la suspensión provisional.

Entrando en materia, digámoslo de una vez, la exigencia de la obligatoriedad del agotamiento previo de la vía gubernativa no sólo transgrede la filosofía contenida en el postulado del libre acceso a la justicia, consagrado en el artículo 229 de la Carta, sino que además complica, entorpece y retarda inútilmente la defensa de los derechos de los particulares, amén de carecer de toda justificación por inconveniente e ineficaz.

El artículo 229 de la Constitución establece que toda persona física o moral, tiene derecho a acceder a la administración de justicia, bien sea a través de abogado o directamente cuando así lo señale la ley. La Corte Constitucional, interpretando esta norma, ha dicho que este derecho se asienta sobre la concepción de un Estado Social de Derecho que por definición no agota su pretensión ordenadora en la proclamación formal de los derechos, sino que se configura a partir de su efectiva realización. Esta disposición busca permitir que todas las personas, cuando así lo consideren necesario, tengan la



oportunidad de acudir a la jurisdicción para hacer valer sus derechos (11).

De acuerdo con esto, el agotamiento previo de la vía gubernativa conculca el derecho del administrado de acudir "cuando lo considere necesario" a la jurisdicción. Ya que muchas veces los particulares, al no contar con la posibilidad de acudir a un profesional del Derecho para que vele por sus intereses interponiendo en forma técnica los recursos, conduce a que por un lado se les cierre el camino de acudir a la jurisdicción y por el otro a que las decisiones administrativas se conviertan en verdades inmodificables. En el mismo orden de ideas, la vía gubernativa transgrede el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución en tanto que, como lo anotábamos, no todos los particulares pueden tener a su disposición una persona que defienda sus intereses.

Es ineficaz porque frente al pronunciamiento de la administración en muy raras ocasiones ésta hace caso de los argumentos del recurrente, ya que la administración en la vía gubernativa, al ser juez y parte, transforma lo que debería ser un proceso con todas las garantías, en imposición de la voluntad de ésta sobre el administrado, vulnerando el principio de que toda sus actividades deben sujetarse a las normas superiores, respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos y tender a la satisfacción de los intereses de los particulares y no a los particulares de la administración (12).

Además la creemos inconveniente por cuanto pensamos que los recursos, al formar parte de la decisión, configuran una especie de proposición jurídica completa que comporta en veces una situación inequitativa para el particular. Piénsese, por ejemplo, en la situación

-
- 11) C. Const. Sent. oct. 26/92, c-572 Sent. mayo 12 1992 t-006. Constitución Política de Colombia, Edit. Legis.
- 12) ZEPEDA, Jorge Antonio. El Proceso Administrativo. Publicado por el Instituto Iberoamericano de derecho procesal del Instituto Mexicano de derecho Procesal de la Universidad Autónoma de México. pág. 61. México, 1972.

en la cual a un contratista de la administración se le declara la caducidad del contrato y éste pretende iniciar la controversia directamente ante la jurisdicción; sin embargo, la aseguradora, a la que también se le notifica ese acto, interpone los recursos. Como el contratista solamente demanda el acto primero y no el segundo, la administración puede defenderse con buenas razones de éxito, aduciendo que el demandante contravino lo señalado en el artículo 139 del C.C.A, esto es, no demandó en debida forma por falta de la proposición jurídica completa.

2.2. El pago de lo previo o el solve et repete

Muchas veces los actos administrativos consagran a cargo de los particulares obligaciones pecuniarias que surgen unilateralmente a la vida jurídica, a diferencia de lo que ocurre con los créditos dentro del derecho privado que nacen de las relaciones comerciales voluntarias.

Una vez el acto establece a favor de la administración un crédito, el deudor puede controvertir la existencia misma o el monto de la obligación, agotando los recursos de la vía gubernativa. Decididos dichos recursos y vencido el término de ejecutoria, el acto administrativo goza de las prerrogativas de ejecutividad -el acto se convierte en un título ejecutivo- y la ejecutoriedad, que comprende aquellas medidas que buscan el cumplimiento efectivo del acto. Una de las vías más eficaces con que cuenta la administración para hacer cumplir con las obligaciones pecuniarias es la ejecución coactiva, donde las entidades públicas a través de sus recaudadores cobran las sumas que se les adeudan, haciendo confundir en quien lo hace los caracteres de juez y parte. En síntesis, es un juicio ejecutivo que adelanta la administración contra un particular con "jueces" que forman parte de la misma administración.

Ahora bien, cuando luego de agotada la vía gubernativa el particular siente que el acto administrativo que ha hecho "tránsito a cosa juzgada administrativa" que le impone una prestación económica a favor de la administración le ha vulnerado sus derechos, puede solicitar la tutela jurisdiccional mediante la presentación de pretensiones diri-

gidas al restablecimiento de su derecho, siempre y cuando cumpla el presupuesto procesal de garantizar el pago de una determinada suma de dinero para proteger el patrimonio público.

Como justificación de esta exigencia se alega la necesidad de evitar que se utilice el debate judicial para preparar situaciones de insolvencia fraudulenta (13). Además, se dice que este presupuesto no lesiona en lo más mínimo los derechos del particular en tanto que el pago de la garantía exigida sólo se produce cuando éste asume la posición de demandante; por eso al administrado que crea que un acto que le impone una prestación pecuniaria conculcando sus derechos, amén de ser contrario a la normatividad superior a la que debe sujetarse, le basta asumir una conducta pasiva y esperar a que la administración inicie el cobro coactivo, para entonces oponer las defensas y excepciones que considere necesarias (14).

El presupuesto procesal que consagra el solve et repete se encuentra consagrado en el artículo 140 del C.C.A. el cual fue declarado parcialmente inexecutable por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 25 de julio de 1991, por considerar que dicho fallo importa para la interpretación del texto que sobrevivió. Se transcriben varios apartes de su contenido.

"El artículo 140 del C.C.A. obliga a cancelar la suma de dinero correspondiente a la multa, la tasa o el impuesto definitivamente liquidado y a presentar el comprobante de consignación como condición formal para la admisión de la demanda en los juicios contenciosos.

-
13. ZAMORA, Alcalá. *Lo Contencioso administrativo*, pág. 57. Citado por Manuel Argañarás, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, pág. 124. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, 1955.
 - 14) ARGÑARÁS, Manuel, *tratado de lo Contencioso Administrativo*, pág. 125. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1955.

"Contradice esta exigencia la garantía que la Constitución consagra a toda persona, en su artículo 229, de acceder a la justicia, puesto que tal como ocurre con el artículo 223 del decreto extraordinario 444 en la parte arriba examinada obliga al interesado a cumplir con la sanción que ha impuesto la administración de manera absoluta, sin permitir siquiera el uso de garantías u otro mecanismo de idéntica naturaleza para asegurar el pago de la multa o de la suma debida, en el caso de una sentencia desfavorable a sus pretensiones.

"El tipo de multa que por hechos contravencionales u obligaciones de orden cambiario, tributario, etc, imponen o liquidan las autoridades del ramo, hace inaccesible la justicia a quienes tienen derecho a controvertir ese acto sancionatorio y la administración, en ese caso, posee la atribución de bloquear la acción de jurisdicción con la imposición de multas o la definición de obligaciones de magnitudes inalcanzables para los afectados. Pero aunque la sanción no llegara a niveles imposibles desde el punto de vista económico para las personas demandantes, el artículo 140 compele a pagar semejante obligación sin alternativa alguna, antes del juicio y quebrantando, así la garantía que la Constitución de 1991 en su artículo 229 ha consagrado expresamente a quienes necesitan de las definiciones judiciales para establecer la legalidad del acto administrativo que decreta tal obligación.

"El artículo 140 considera la alternativa de acompañar a la demanda la póliza o garantía del pago de la sanción o la obligación económica que defina la providencia de la administración, en caso de ser desfavorable el fallo de la jurisdicción. Sin embargo, limita esta posibilidad a las hipótesis en las cuales la disposición legal no requiera del depósito en efectivo del dinero debido. Por ello no se ajusta a la norma acusada al orden constitucional vigente, ya que aparece ostensible el obstáculo al acceso a la justicia para debatir el acto que tal exigencia impone.

"Estos motivos causan la declaratoria de inexecutable de la parte del artículo 140 que dispone el comentado presupuesto formal de la demanda en el proceso contencioso subjetivo.

No se trata entonces de que el principio solve et repete haya quedado eliminado totalmente, sino que en adelante si se trata de demanda de impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público habrá de presentarse la caución correspondiente en los términos del artículo 140 *in fine* del C.C.A, que se declara executable en este fallo".

Esta decisión, no la compartimos en su integridad, dado que en nuestro sentir es contradictoria, toda vez que el artículo 229 de la Constitución Nacional, base de la declaratoria de inconstitucionalidad no establece excepciones, pues dice que: **se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de Justicia**, entonces la Corte no podía establecerlas, y por ende se imponía la inexecutable total.

Resaltamos que la parte que aún sobrevive, consagra: "en las controversias donde se debatan sumas de dinero adeudadas por los particulares a la administración por concepto de impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público, bastará que se otorgue caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago con los recargos a que haya lugar cuando fuere desfavorable lo resuelto".

Consideramos aun con la inexecutable parcial que la exigencia de este presupuesto del solve et repete es un privilegio exorbitante a favor de la administración que aumenta en grado sumo la protección de los créditos de ésta, ya que independientemente del pago de lo previo los actos administrativos que crean a favor de las entidades públicas créditos, se encuentran revestidos por la presunción de legali-

dad y por la no solución de continuidad de la eficacia del acto con la presentación de la demanda ante el respectivo tribunal que le posibilita iniciar o continuar el cobro por la jurisdicción coactiva.

Para nosotros es claro que el orden jurídico tiende a salvaguardar en forma prevalente los intereses de los acreedores, por lo cual son explicables y perfectamente justificables que existan a favor de la administración las garantías señaladas en el procedimiento que se adelanta ante ella. Pero lo que no es presentable ni mucho menos defendible es que en la sede judicial, donde existen principios como el de la bilateralidad de la audiencia que exige una relativa igualdad que brinde idénticas oportunidades a las partes de pedir y actuar, y que facilite, además, el libre acceso de las personas a la justicia cuando así a bien lo tengan, se exija el pago de una caución a cargo del demandante por el solo hecho de presentar la demanda.

El pago de lo previo es una caución que solamente tendría justificación si fuera el resultado de una petición de tutela cautelar, esto es, de la solicitud accesoria de la suspensión provisional. En efecto, las medidas cautelares, al ser un instrumento que sirve para evitar que la justicia se pierda o deje en el camino su eficacia por medio del aseguramiento provisional de los bienes, la situación jurídica, el derecho o el interés de que se trate, exige como presupuestos la amenaza que se produzca un daño irreversible en la demora del juicio, que exista una apariencia de que el demandante tenga derecho y pueda obtener una sentencia favorable y que se exija al demandante la prestación de una caución o fianza como requisito previo al otorgamiento de la medida cautelar (15).

Con respecto a este último presupuesto señala Carmen Chinchilla Marín que la medida cautelar al ser una decisión que se adopta con urgencia y consecuentemente, a partir de un juicio de probabilidad y verosimilitud, hay muchas posibilidades de que el juez se equi-

15) CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *la Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*. pág. 28. Edit. Civitas. Madrid, España, 1991.

voque al otorgar la medida solicitada, resultando de ello un daño injusto para la parte demandada, siendo la parte que obtuvo la medida quien deba responder por ese daño, indemnizando los perjuicios derivados de esa medida cautelar provisional y precipitadamente tomada (16).

Con base en todo lo expuesto, queremos decir que solamente se entendería la exigencia del pago de lo previo cuando el demandante en los casos donde presente pretensiones de nulidad y restablecimiento y concomitantemente solicitara la medida de la suspensión provisional sobre un acto que establezca a cargo de los particulares el pago a la administración por concepto de impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público y fuera ésta efectivamente decretada.

Porque de lo contrario, tal y como la vienen hoy exigiendo los Magistrados sustanciadores de los tribunales Administrativos, no es otra cosa que la instrumentación de una barrera que imposibilita la defensa contra las resoluciones exorbitantes, manifiestamente injustas que precisamente por serlo, reclaman cantidades, multas y recargos tales que suponen la ruina del recurrente y, a veces, suponen el importe total de su fortuna.

Aun buscando en el beneficio de pobreza un paliativo para la medida, esto no es suficiente ni adecuado, porque puede haber y hay personas cuyo relativo y modesto bienestar, les impide a la vez gozar de esas ventajas y cumplir en plazo angustioso el requisito del pago total y previo. (17)

Por lo anterior no dudamos en afirmar que el pago de lo previo quebranta en forma directa el postulado del libre acceso de los justifi-

16) CHINCHILLA MARÍN, Carmen. La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa. pág. 47. Edit. Civitas. Madrid, España, 1991.

17) ZAMORA, Alcalá. Lo Contencioso administrativo, pág. 57. Citado por Manuel Argañarás. Tratado de lo Contencioso Administrativo, pág. 124. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1955.

cables a la justicia, contenido en el artículo 229 de la Constitución y en forma indirecta los artículos 29 y 13 (18) *ibídem*.

Finalmente consideramos que una interpretación que se ajusta a la filosofía que se inspira en la Constitución y que debe ser la tenida en cuenta por los aplicadores de la norma jurídica es aquella que habíamos expresado, atinente a que el pago de lo previo sea tomado como una caución exigida en caso de que el demandante solicite la suspensión provisional y ésta fuera decretada, pues aquí sí, en virtud que los efectos del acto quedan suspendidos y no podría la administración adelantar el cobro coactivo y en virtud de ese efecto sí es procedente la exigencia de una caución. Esta interpretación se atiene a lo contenido en el Artículo 140 C.C.A. pues esta impone tal deber al Magistrado quien puede no exigir tal caución, y no se afectaría en nada el cumplimiento de los presupuestos procesales y la sentencia en tal caso deberá ser de fondo.

2.3 La fugacidad de los términos de caducidad

El Código Contencioso Administrativo establece una tajante distinción entre las conductas que tienen por fin la producción de actos jurídicos de las actividades materiales de la persona jurídica que cumple funciones administrativas a efectos de definir el término de caducidad de las "acciones". Las primeras, se encuentran gobernadas por el principio de articulación, según el cual se deben tomar en cuenta dos momentos: el de la formación interna, que se configura mediante el agotamiento de un procedimiento donde participan los diversos órganos con competencias delimitadas que la conforman, y el de la expresión de la decisión. Tan cierto es ello que el legislador ha consagrado

-
- 18) Anota Couture, en la obra citada atrás que el costo de la justicia, que la hace para unos tan fácil y para otros de tan difícil obtención, atenta contra el precepto de que ante ella, como ante la ley, todas las personas son iguales. Al respecto el artículo 13 de la Constitución, reza: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

expresamente la existencia de los actos de trámite o preparatorios de la decisión.

En el primer caso, cuando una persona se crea lesionada en un derecho, en virtud de un acto administrativo que le haya impuesto una obligación de dar, hacer, o no hacer, puede interponer los recursos en la vía gubernativa para poder acceder a la jurisdicción dentro de los cuatro meses siguientes contados desde la notificación del acto que resolvió el recurso, para presentar su pretensión de nulidad y de restablecimiento del derecho. Esto en lo relacionado con aquellos actos que admiten el recurso de apelación, los cuales obligan al agotamiento de la vía gubernativa o a los que el administrado, no siendo obligatorio, ha interpuesto el recurso. En lo tocante con aquellos actos cuyo recurso procedente es el de reposición de acuerdo con la sentencia de noviembre 21 de 1991, la sala Plena del Consejo de Estado, sostuvo que el cómputo para el término de caducidad comienza a correr desde la fecha en que el interesado tiene conocimiento del acto, bien por notificación, comunicación o publicación y en defecto de estas de la ejecución si el particular no es informado de él por la administración. Es entonces desde ese momento cuando se presume enterado de su existencia. Sin lugar a dudas, la interpretación del Consejo de Estado hace más gravosa la condición de los administrados toda vez que recorta el término de caducidad establecido en la ley en 5 días, pues no tuvo en cuenta que el acto administrativo le otorga al particular 5 días para interponer los recursos y si éste no lo hace el acto queda en firme. El particular tiene la potestad de interponer o no el recurso de reposición, por lo tanto el acto no queda en firme sino después de transcurridos cinco días y no cuando se le pone en conocimiento.

La razón de la brevedad del término con el que se cuenta para presentar las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho se explica porque el proceso-contencioso era concebido como una segunda instancia frente a la decisión inicial de la administración.

En el segundo, esto es, en lo tocante con la actividad material de la persona jurídica pública que se desarrolla a través del accionar

de individuos que son el soporte de los órganos que la conforman, y, cualquiera sea su denominación o jerarquía, de sus actos se puede predicar que fueron ejecutados por la persona jurídica; cuando en virtud de ese actuar de los agentes de la persona pública se produce una lesión a un particular, éste cuenta con un término de dos años contados desde su ocurrencia para presentar la respectiva pretensión indemnizatoria contractual o extracontractual.

Es preciso anotar que en Colombia no siempre ha existido una regulación coherente en lo relacionado con los plazos establecidos para presentar las pretensiones tendientes a juzgar las conductas materiales, pues se ha recurrido indistintamente a la caducidad y a la prescripción.

En efecto, para los daños contractuales o extracontractuales ocurridos con anterioridad al decreto 528 de 1964 el sistema operante era el de la prescripción civil ordinaria de 20 años. Con la expedición del decreto 528 de 1964, en los asuntos de reparación directa, el actor, para efectos de interponer la pretensión, disponía de tres años contados a partir de la ocurrencia del hecho perjudicial (artículo 28); como este decreto no reguló los contratos administrativos, se seguía utilizando la prescripción. El decreto 01 de 1984 en su artículo 136 introdujo un término de caducidad de 2 años, tanto para los contractuales como para los extracontractuales, contados a partir del acaecimiento del hecho. Finalmente, la ley 80 de 1993, el estatuto de contratación administrativa, en su artículo 50 revivió la prescripción de 20 años como institución reguladora de los plazos para presentar la pretensión indemnizatoria por responsabilidad contractual. De otro lado, en materia de responsabilidad por actividades peligrosas aplicable tanto en el ámbito del derecho público como privado, existe un término de prescripción de 5 años con base en lo dispuesto por el artículo 261 del Decreto-ley 1344 de 1970. (Más adelante haremos la explicación pertinente).

Esta situación de caos propiciada por el continuo cambio legislativo que conduce en veces al régimen de la caducidad y en otras al de la prescripción, ha llevado a la jurisprudencia a establecer parámetros diferenciadores entre uno y otro instituto. Diferencia que, vale la pena

anotarlo, no ha resultado muy clara porque fundamentalmente la ha hecho desde una perspectiva externa, es decir de sus efectos y no de su razón de ser.

Ha dicho la jurisprudencia que la prescripción tiene naturaleza sustancial, en cambio la caducidad tiene un carácter procesal, adjetivo. Asimismo, sostiene que la prescripción como forma de perder los derechos y extinguir obligaciones, actúa en los procesos con miras a enervar o dar al traste con la pretensión, que es el fiel reflejo del derecho sustantivo alegado por el demandante. A su vez, la caducidad, por ser de raigambre estrictamente procesal, está concebida para impedir el ejercicio de la acción, o en veces, para vedar la utilización de un trámite judicial breve o sumario y obligar al accionante a emprender otra más engorrosa (19).

Nosotros compartimos la posición de aquellos que sostienen que la diferencia entre las dos instituciones se encuentra en la finalidad que buscan. Así la caducidad tiende a proteger el valor de la



- 19) Otras diferencias son que la prescripción debe ser alegada por la parte que desea liberarse de la prestación que se le pide; esto quiere decir que no puede ser declarada de oficio por el juez. art. 2535 del C.C. y 306 del C. de P. C.) mientras que la caducidad en cambio, debe ser declarada de oficio por el juez, bien sea rechazando desde el comienzo de la actuación procesal la demanda, o al menos al momento de dictar la sentencia; se trata de un asunto que opera por mandato de la ley y que opera sin necesidad de petición de parte (arts. 985 y 304 del C. de P. C.). La prescripción puede renunciarse por el interesado, de manera tácita o expresa, por tratarse de una institución de interés particular (arts. 15, 16, 2514, 2515 del C.C.), por el contrario, la caducidad se rige por normas imperativas, y forma parte del derecho público de la Nación por estar de por medio el orden público, y por ello, no admite ningún tipo de disponibilidad, lo cual la hace irrenunciable; la prescripción admite suspensión y puede ser interrumpida natural o civilmente; la caducidad no permite estas modalidades, ni hace posible la ampliación de los plazos señalados imperativamente por la ley para el ejercicio de las acciones. La prescripción se va gestando desde el día en que se hizo exigible la prestación debida y al cabo del último día del plazo señalado por la ley se consolida; la caducidad se presenta cuando se ha llegado al extremo máximo del plazo legal para el ejercicio de la acción. La caducidad opera contra todas las personas, por su consagración objetiva para realizar el derecho subjetivo de acción, sin atender a la calidad de los sujetos titulares de la misma; la prescripción en algunas circunstancias, no corre con respecto a ciertas personas habida consideración de su calidad o incapacidad

seguridad jurídica buscando que ciertos actos se cumplan dentro de determinado plazo prefijado; mientras la prescripción busca además de castigar al acreedor, que las obligaciones no sean irredimibles (20).

Vale la pena hacer notar el auto del 3 de agosto de 1991 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que por la sintonía con la doctrina expresada antes con respecto a la caducidad se reproducirá:

"Con el objeto preciso de satisfacer la necesidad de seguridad jurídica en la titularidad de los derechos subjetivos, estableció el legislador términos precisos dentro de los cuales es lícito a los particulares, en ejercicio del derecho de acción, reclamar del estado la tutela jurisdiccional de una o varias pretensiones determinadas, so pena de que, vencidos los plazos señalados por la ley, opere la caducidad, fenómeno jurídico éste que despoja al particular del derecho a ejercer válidamente la acción en ese caso concreto y que, al propio tiempo autoriza al Estado, por conducto del funcionario judicial respectivo, a rechazar de plano la demanda con la cual intenta ejercerse la acción, conforme lo estatuye expresamente el art. 85 del C.P.C, en armonía con lo prescrito por los artículos 90 y 91 del mismo código." (21)

Con base en lo anterior podemos decir que resulta explicable y por demás justificable que tratándose de la impugnación de actos administrativos, estos queden sujetos a las reglas propias de la caducidad, toda vez que las decisiones contenidas en ellos, que crean dere-

20) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, Curso de Derecho Civil, Santiago de Chile, Tomo III, Editora Nascimento. Citado por Tatiana Grosch Obregón, Prescripción y Caducidad en el Derecho Privado Colombiano, Tesis de Grado, Universidad Pontificia Javeriana.

21) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto del 30 de agosto de 1991, Exp. 3078, M. P. Pedro Lafont Pianetta. Gaceta Judicial, Tomo CCXII, Núm. 2451. Segundo Semestre- 1991.

chos y obligaciones no puedan ser impugnadas en cualquier tiempo. Sin embargo, creemos que contraviene el principio de la igualdad el hecho que mientras al particular se le otorgan escasos cuatro meses, a la administración se le dan dos largos años para impugnarlos.

Esto se pone de manifiesto cuando se compara el texto legal, artículo 136 C.C.A., con el artículo 13 de la Carta que dispone:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

El citado texto, habla de "todas las personas" y se cuidó de hacer referencia exclusivamente a los hombres, por lo cual se puede predicar que este texto es aplicable tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas o morales. Por ello no resulta absurdo anotar que el artículo 136 quebranta esta disposición por cuanto hay un tratamiento distinto, más favorable para la persona de derecho público que para la persona jurídica o natural de carácter privado.

Es oportuno decir que la Corte Constitucional en sentencia del 29 de mayo de 1992, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, ha dicho, citando a Montari, que el operador jurídico para aplicar la igualdad debe acudir a la técnica del juicio de razonabilidad, que consiste en una obra de cotejo entre hipótesis normativas que requieren distintas operaciones lógicas desde la individualización e interpretación de las hipótesis normativas hasta la comparación entre ellas, desde la interpretación de los contextos normativos que pueden repercutir, de un modo u otro, sobre su alcance real, hasta la búsqueda de las eventuales disposiciones constitucionales que especifiquen el principio de la igualdad y su alcance.

En la misma sentencia arriba citada, la Corte ha establecido, interpretando este artículo, que el principio de la igualdad es objetivo y no formal; se predica la identidad de los iguales y la diferencia entre los desiguales. Superando así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto solo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. De igual modo se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. Más adelante agrega que, hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas; ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano.

De esta forma utilizando los criterios de la Corte para hacer el juicio de constitucionalidad observamos que además de lo inexplicable que resulta jurídicamente este tratamiento diferente; vemos desde otro punto de vista cómo se torna aun más reprochable, pues si a la administración que tiene a su servicio un grupo de abogados continuamente en disposición de atender todas las necesidades que a la entidad pública se le presentan se le dan dos años para que demanden sus pretensiones de nulidad y restablecimiento, ¿qué podemos decir de las personas particulares que no cuentan con tal servicio de profesionales y deben en tan corto tiempo apresurarse a iniciar el respectivo proceso?

Finalmente, para terminar lo relacionado con los actos administrativos, no sobra anotar que no resulta insólito pensar que los particulares gocen de un término de caducidad de dos años, pues el mismo Código en los artículos 87 y 136, así como el artículo 77 de la ley 50 de 1993, establecen que los actos administrativos que profiera la administración con ocasión de un contrato estatal, como los que declaran la caducidad del mismo imponen multas al contratista, serán impugnados por estos dentro de los años siguientes a su notificación.

Ahora bien, no obstante nuestro acuerdo en cuanto a la aplicabilidad de la caducidad en lo tocante con los actos administrativos, en lo relacionado con las pretensiones indemnizatorias, consideramos que teniendo en cuenta que en esos casos en donde la causa del conflicto intersubjetivo se encuentra en el título obligacional -la responsabilidad- pensamos que el régimen que debe regir es el de la prescripción y no el de la caducidad.

No encontramos fundamentos sólidos que nos lleven a concluir la inconstitucionalidad de la existencia de la caducidad en materia de conflictos que atañen a la existencia de obligaciones, pero no con ello queremos afirmar que en este aspecto el Código Contencioso Administrativo pueda considerarse como el fiel reflejo de la preceptiva contenida en la Constitución. En nuestro sentir ello es la clara expresión de la política procesal proteccionista de los intereses de la administración que no tiene justificación alguna a la luz de la filosofía que inspira el Estado Social de Derecho.

Pese a este obstáculo podemos acudir a otros textos legales que nos pueden ayudar a que por vía de interpretación vayamos haciendo prevalecer los derechos individuales de los particulares sobre los particulares de la administración.

Todavía se escuchan voces que sostienen que el fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas en materia civil se encuentra en el artículo 2356 del C.C. y en la interpretación que del mismo hizo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia advirtiéndole que la existencia de este régimen se imponía porque atendiendo a la complejidad de la creciente vida social, acrecentada por el desarrollo urbanístico e industrial y el empleo de máquinas, artefactos de manejo peligroso, que impusieron responsabilidad a cargo de quienes cumplen tales actividades que aún siendo de innegable utilidad social, inspiradas en la mejor intención de servicio y realizadas con la máxima prudencia deseable por su naturaleza, conllevan riesgos que al materializarse lesionan el derecho ajeno. Así mismo la dogmática jurídico administrativa colombiana ha dicho en reiteradas oportunidades que el fundamento de esta responsabilidad se encuen-

tra básicamente en el riesgo que comporta tales actividades para la sociedad.

Sin embargo, nos apartamos de los anteriores criterios no en razón de su validez argumentativa, sino porque creemos, siguiendo a Jesús Vallejo Mejía (22), que el fundamento de esta responsabilidad, tanto en el ámbito del derecho público como privado, se encuentra en la ley, consagrado en el artículo 261 del Decreto-ley 1344 de 1970, modificado por el artículo 17 de la ley 30 de 1986 que dice:

"En la responsabilidad por el hecho ajeno cometido en ejercicio de actividades peligrosas el demandado solo se libera mediante la prueba de una causa extraña. No están exoneradas de esta responsabilidad las personas de derecho público o privado".

No cabe ninguna duda en señalar que este texto legal es confuso ya que a primera vista se distancia conceptualmente de toda la tradición jurídica de nuestro país en lo concerniente a la responsabilidad que le cabe a las personas jurídicas. Pues de una primera lectura facilista, se llega a la conclusión de que este texto no es de aplicación en los actuales momentos, toda vez que la jurisprudencia ha decantado y concluido que la responsabilidad de las personas jurídicas es siempre directa, y no por el hecho ajeno, como en épocas pretéritas se sostenía.

Sea lo primero advertir que el texto en comento es equívoco al mencionar al "demandado" pues resulta más técnico hablar de propietario de la actividad peligrosa porque es un contrasentido entender que la norma se refiere a la persona contra la cual se dirige la demanda, ya que ésta puede ser tanto el propietario de la actividad peligrosa, persona física o jurídica de derecho público o privado como la persona natural, trabajador, dependiente o agente de la primera. Del

22 VALLEJO MEJÍA, Jesús. Manual de Obligaciones, pág. 175. Editorial Diké. Medellín 1991.

contexto de la norma salta a la vista que no se refiere a esta última sino al propietario de la actividad.

En efecto, el texto antecitado al comenzar diciendo que "En la responsabilidad por el hecho ajeno cometido en ejercicio de actividades peligrosas el demandado solo se libera mediante la prueba de una causa extraña", se está refiriendo a la hipótesis en la cual el propietario de la actividad peligrosa es una persona física, empleador, que tiene bajo dirección "criados o sirvientes" en la expresión del artículo 2.349 del C.C. o trabajadores, en una corrección mucho más digna y justa de la legislación laboral, y que con ocasión del servicio prestado por estos últimos a los primeros causaran un daño a terceros.

Ahora, digamos que en principio la responsabilidad que le cabe a un empleador por el daño que cause uno de sus trabajadores es el que ha denominado la doctrina más autorizada como responsabilidad por el hecho ajeno, que de acuerdo con el artículo 2349 del Código Civil se exige que el demandante aporte la prueba de la culpa del primero en no prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente en evitar la conducta dañosa del trabajador para poder declararlo responsable. Por su parte el empleador se exonera de tal responsabilidad probando que fue diligente en la elección y en la vigilancia de su subordinado. La prescripción para presentar las pretensiones en sede judicial es la ordinaria de 20 años.

Entonces, lo que la norma que venimos analizando hizo fue por un lado disminuir el tiempo de la prescripción; y por otro, disminuir la carga probatoria del demandante y correlativamente aumentar la de la parte demandada, empleador propietario de la actividad peligrosa, obligándolo a probar, si quiere exonerarse de responsabilidad, la causa extraña, esto es, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho del tercero.

En el mismo orden de ideas, cuando el artículo 261 del Código Nacional de Tránsito advierte que "no exoneradas de esta responsabilidad las personas de derecho público o privado" se está refiriendo a que las personas jurídicas de derecho público o privado no se

exoneran de la responsabilidad por actividades peligrosas, sino que aportan la prueba de la causa extraña.

Porque resulta un contrasentido considerar que este aparte de la ley considera que las personas jurídicas no quedan exoneradas de "la responsabilidad por el hecho ajeno", porque no se compadece con la tradición jurídica de nuestro país y del mundo entero que ha sido reiterada en considerar la responsabilidad de estas personas como directa. Si interpretamos la norma en este sentido llegaríamos a la conclusión de que esta expresión del texto sobra por inútil.

Nosotros, insistimos pues, en que hay que distinguir las dos situaciones o hipótesis que regula el multicitado texto. Una primera parte dirigida a las personas naturales, que regula la responsabilidad por el hecho ajeno; y una segunda parte, que se refiere a las personas jurídicas, ya sean de derecho público o de derecho privado, estableciendo la aplicación de la responsabilidad por actividades peligrosas.

Aceptado lo anterior, podemos decir que en los eventos donde la responsabilidad de las entidades públicas sea por aquellas conductas que la jurisprudencia ha definido como actividades peligrosas, el término y el régimen para presentar la correspondiente pretensión indemnizatoria se encuentra en el artículo 262 del Decreto-ley 1344 de 1970, el cual consagra un plazo de 5 años de prescripción. Se debe preferir esta norma por ser especial y prima sobre la general establecida en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. En apoyo de esta interpretación podemos acudir al argumento de que la finalidad de la caducidad no se compadece con la existencia o no de un título que dé origen a una obligación de la administración.

En suma, pues, cuando la administración causa un daño por las actividades peligrosas, la víctima o sus herederos tienen un plazo de prescripción de 5 años y no una caducidad de dos años.